
論文

仲裁と仲裁鑑定

中村 達也

1 はじめに

仲裁合意に類似しているが、これと区別されるものとして仲裁鑑定契約がある。仲裁合意が民事上の紛争の解決を第三者（仲裁人）に委ね、その判断（仲裁判断）に服する旨の合意である（仲裁法2条1項）のに対し、仲裁鑑定契約は、仲裁法に規定はないが、一般に、当事者が法律関係の前提となる事実の確定を第三者（仲裁鑑定人）の判断に委ね、その判断に服する旨の合意をいう⁽¹⁾。仲裁鑑定（expert determination）という呼称は、主として特殊の知識経験を必要とする業務に関しその道の専門家の鑑定を依頼するために利用されるからである⁽²⁾。したがって、仲裁人が法律関係の確定を任務とするのに対し、仲裁鑑定人は事実の確定を任務とし、この点に両者の違いがある。仲裁鑑定の例としては、事実を事実として確定する純然たる事実の存否の鑑定、物品の品質等を評価する鑑定、事故と損害との因果関係の存否、加害者の過失の存否など事実が一定の法概念に該当するかどうかを確定する鑑定などが挙げられる⁽³⁾。

また、この仲裁鑑定と区別されるものとして、第三者による契約の補充（filling of gaps in contracts）、契約の適応（adaptation of contracts）がある⁽⁴⁾。すなわち、前者が、当事者が契約締結時に情報不足等のため決定しなかった契約条件について第三者にその確定を委ね、それに服する旨の合意に基づき契約を補充するための手続であるのに対し、後者は、当事者が契約締

結後の事情変更により契約内容を適応させる任務を第三者に委ね、その判断に服する旨の合意に基づき契約を改訂するための手続である。⁽⁵⁾

仲裁鑑定および第三者による契約の補充、適応の両者は、前者が確認的判断をするのに対し、後者は形成的判断をし、この点において両者は性質が異なることから、前者のみを仲裁鑑定と呼ぶ立場もあるが、⁽⁶⁾両者は、仲裁とは異なり、主に、専門的、技術的知識、経験を有する第三者が特定の争点について限定的に争いを解決するという点とともに、仲裁合意と同様に、第三者による裁定に当事者が服するという点において共通し、後者も広義の仲裁鑑定と観念する国もあることから、⁽⁷⁾単に用語上の問題ではあるが、本稿では、第三者による契約の補充、適応も仲裁鑑定と呼ぶこととする。

仲裁鑑定は、諸外国、たとえば、ドイツ、英国、米国では、実務上様々な分野で利用されているとされるが、わが国では、たとえば、保険約款中に保険価額または損害額の評価のための仲裁鑑定条項（評価条項とも呼ばれる）⁽⁸⁾⁽⁹⁾が定められているほか、品質鑑定については、（財）日本綿花裁定協会の綿花品質裁定規則によるものがあるとされていたが、⁽¹⁰⁾仄聞するところによれば、現在、いずれも実際のニーズがなく、前者については、2010年の保険法の改正に伴い保険約款が改訂された際、約款中から仲裁鑑定条項が削除され、⁽¹²⁾また、後者に関しても、利用されていないようである。これに対し、第三者による契約の適応に関しては、たとえば、合弁契約において株式の譲渡価格を第三者が確定する旨を定める条項が規定される場合が多いとされる。⁽¹³⁾

したがって、現状、わが国において、仲裁鑑定に関する理論的検討に対する実務上の要請は高いとは言えないが、国際取引の分野においては、仲裁鑑定が、調停（conciliation or mediation）や紛争審査委員会（dispute review board）と並ぶ裁判外紛争解決手続の1つとして捉えられており、⁽¹⁴⁾今後、わが国においても、裁判外紛争解決手続の1つとして利用が増える可能性も期

待できなくはなく、仲裁鑑定契約の性質、とりわけ、仲裁鑑定が仲裁法上の仲裁に当たるかどうか、また、そうでない場合であっても、第三者による裁定手続に仲裁法が準用、類推されるかどうかなどの問題について、検討しておく必要があると考える。

この問題に関し、旧法下において、ドイツの議論を中心に検討がされてきてはいるが、⁽¹⁵⁾本稿では、改めてこの問題を取り上げ、先行研究を参照しつつ、仲裁合意と仲裁鑑定契約との異同を中心に問題を整理し、若干の考察を試みる。まず、2において仲裁鑑定契約の性質を、かかる性質に関し3において仲裁鑑定契約が仲裁法上の仲裁合意に該当し得るか、という仲裁鑑定契約の仲裁合意該当性を、次いで4において仲裁鑑定契約の効力を、そして、5において仲裁鑑定手続と裁定の効力を、最後6において渉外的事案における問題を順次見ていくこととする。

2 仲裁鑑定契約の性質

(1) 仲裁合意の性質

仲裁合意の性質については、学説は旧法下から、裁判を受ける権利が放棄により消滅し、第三者が当事者間の法律関係を決定する権限を授与され、第三者の争いの解決の判断が確定判決と同一の効力を有し、これらの法律効果はいずれも訴訟法上の効果であることから、⁽¹⁶⁾仲裁合意を訴訟契約と見る見解⁽¹⁷⁾（訴訟契約説）と、仲裁合意は、「仲裁人の裁断行為に服し、争いをやめさせることを目的とする点において、和解契約に類似するところがあり一和解も争いをやめて、当事者の法律関係を確定することを目的とする一債権契約に類似の性質を有する」⁽¹⁸⁾とし、⁽¹⁹⁾実体契約と見る見解（実体契約説）とに大別されるが、このほか、⁽²⁰⁾仲裁合意を訴訟物についての処分行為であるという訴訟法的要素と、⁽²¹⁾仲裁手続を促進するため力を尽くす義務を負うという実体法的要素の混合であるとする見解（混合契約説）もある。判例は、大審院のもの

ではあるが、大判大7・4・15民録 24輯865頁は、「民事訴訟法786条以下ニ規定セル仲裁契約ハ仲裁人ヲシテ民事上ノ争訟ヲ判断セシムル合意ニシテ其結果当事者ハ妨訴抗弁ヲ有スルニ至リ又此契約ニ基キテ為サレタル仲裁判断ハ確定判決ト同一ノ効力ヲ有スルニ至ルカ故ニ斯ル契約ハ民事訴訟法上ノ契約ニシテ実体法上ノ契約ニアラス」と判示し、訴訟契約説の立場を採っていた。

仲裁合意は、仲裁法上、紛争の解決を私人である第三者（仲裁人）に委ね、かつ、その判断（仲裁判断）に服する旨の合意をいい（仲裁法2条1項）、かかる合意により仲裁合意の当事者は、仲裁人の判断の結果である仲裁判断に従う義務を負っており、和解契約の性質を有するが、その一方で、仲裁法は、仲裁合意に基づく第三者の判断に確定判決と同一の効力を付与し（同45条1項）、仲裁を訴訟に代替する紛争の終局的解決手続として法認し、その結果、仲裁合意は訴訟手続を排除する効力を有し（同14条1項）、訴訟法上の効果を生じさせる契約であるので、管轄の合意や不起訴の合意と同様に訴訟契約の性質を有する。したがって、この意味において、仲裁合意は、⁽²²⁾実体契約、訴訟契約の両者の性質を有する混合契約と見ることもできよう。

しかし、仲裁合意の性質から演繹的に、仲裁合意を規律する法が民法か民事訴訟法か、また、国際仲裁における仲裁合意の成立、効力の準拠法について当事者自治の原則を認めるか、これを否定し法廷地法により規制するかが⁽²³⁾決まるものではなく、これらの問題は個別に合目的的に決すべきであり、たとえば、仲裁合意の意思の欠缺、瑕疵の問題については、民法の規定を適用⁽²⁴⁾することになると考えられる。したがって、仲裁合意の性質を論じることは⁽²⁵⁾実益に乏しいのではないかと考える。

（2）仲裁鑑定契約の性質

これに対し仲裁鑑定契約の性質については、まず、事実の確定に関する仲

裁鑑定契約に関し、仲裁人が法律関係の確定を任務とするのに対し仲裁鑑定人は事実の確定を任務とし、仲裁鑑定契約はその事実を当事者の法律関係の要件事実とする合意を含み、鑑定により事実を確定することは当事者間にその事実を要件とする法律効果としての法律関係を確定するので、仲裁鑑定契約は私法上の権利の内容の形成を目的とする実体法上の契約と見る見解⁽²⁶⁾がある一方で、当事者の法律関係の前提となる事実の確定を第三者の判断に委ね、その判断に服する旨の合意は、判決、仲裁判断の基礎となる事実の確定方法に関する当事者の合意、すなわち、証拠契約であるとし、当事者が自由に処分し得る権利義務ないし法律関係の存否、内容を仲裁鑑定により定まる事実を前提にして決めることは、当事者間で争いのある権利義務ないし法律関係を間接的に処分することにほかならないので、この仲裁鑑定契約は有効であり、裁判官もこれに拘束されるという見解⁽²⁷⁾がある。

このように、事実の確定に関する仲裁鑑定契約は、証拠契約であり、訴訟法上の効果を生じさせることから、訴訟契約の性質を有するが、その一方で、当事者は仲裁鑑定により間接的に法律関係を処分することになるので、実体契約の性質を有することも否定できず、両者の性質を有する混合契約であると見ることができようが、仲裁合意と同様に、個々の問題は、性質論から演繹するのではなく、合目的的に決すべきであると考ええる。また、事実の確定に関する仲裁鑑定契約は、次の3で見るように、仲裁法上の仲裁合意に該当し得るという見解がある。他方、契約の補充、適応に関する仲裁鑑定契約については、事実の確定方法に関する当事者の合意という点において、証拠契約⁽²⁸⁾の性質を有せず、実体契約に属するとも解されようが、次の3で見るように、当事者間に紛争が存在し、当事者が契約の補充、適応をする権限を仲裁廷に付託している場合には、仲裁合意に該当すると解される。

3 仲裁鑑定契約は仲裁法上の仲裁合意に該当し得るか

(1) 事実の確定に関する仲裁鑑定

事実の確定に関する仲裁鑑定に関し、ある主要事実をめぐる争いがあり、この点の争いさえなくなれば紛争が解決するという場合、訴訟においては、国家の制度という関係上、証書真否確認の訴え（民訴法134条）を除き、その主要事実の存否の確認の訴えは、紛争再燃の可能性を考えて、訴えの利益を欠くことになるが、仲裁においては、事実の確認だけを目的とする仲裁合意を認めてよいのではないかと、⁽²⁹⁾という見解が主張されている。

この問題に関し、従来からの多数説によれば、仲裁は訴訟に代替する紛争解決手続であり、仲裁合意の対象は法律上の争訟に限定され、⁽³⁰⁾事実の存否に関する紛争を第三者に判断させる旨の合意は仲裁合意には当たらないことになる。⁽³¹⁾しかし、この事実の存否に関する紛争は、証書真否確認の訴えを除き、確認の訴えの利益（広義の確認の利益）のうち確認の対象（権利保護の資格）についての要件を欠き、⁽³²⁾確認の対象とはならないが、⁽³³⁾その根拠を、原告が訴訟を迫りし請求認容判決を得ることを、相手方および訴訟制度の運営の担い手としての裁判所との関係で正当化する訴訟的利益、すなわち、訴えの利益に求め得るとするならば、仲裁も訴訟と同様に、かかる利益が仲裁による解決を求めるための要件になるとしても、⁽³⁴⁾当事者が事実の確定を仲裁に付託することを合意している場合には、これが仲裁による解決の妨げとはならないのではないかと考える。⁽³⁵⁾

なぜならば、仲裁は当事者が自主的に設置した裁判機関による紛争解決手続であり、通常は裁判所の関与なく仲裁は自己完結し、仲裁人の選任、仲裁判断の取消し、仲裁判断の執行といった手続において裁判所が仲裁手続に関与することはあっても、これは補完的であり、また限定的であることから、紛争解決のために司法資源を投入する裁判所の負担は訴訟に比して極めて小

さく、裁判所の負担という点から訴訟では訴えの利益を欠く請求であっても、仲裁による解決は許されると考える。これに対し仲裁被申立人の利益については、当事者の私的利益にかかわり、無益な仲裁申立てから解放される⁽³⁶⁾利益は、訴訟の場合と変わらないと考えられ、この被申立人の利益を考慮すると、当事者間に事実の確定を仲裁人に委ねる旨の合意がある場合には、当事者は、仲裁廷に対し事実を確定する確認的判断を求めることができると解されるからである。

以上によれば、事実の確定に関する仲裁鑑定契約は仲裁合意に該当する余地があるのではないかと考えられる。

(2) 本案に関する前提問題についての仲裁廷の判断は仲裁判断となるか
また、この問題に関連し、仲裁手続において、実体法上の権利関係の存否、たとえば、不法行為や債務不履行の成否と損害額がともに争われている場合、損害額の確定に先立ち、前者を確定する仲裁廷の判断は、事実の存否を確定するものではないので仲裁鑑定ではないが、仲裁判断に該当するかが問題となる。これは、請求の原因および数額について争いがある場合において請求の原因について裁判所が下す中間判決に相当し、訴訟に準じて考えると、これは仲裁判断には該当し得ないことになる。⁽³⁷⁾

この問題に関し、わが国の仲裁法は、仲裁判断とは「解決を委ねられた紛争についての仲裁廷による本案（紛争の実体部分）についての判断を意味する」ものとし、40条1項において、仲裁判断により仲裁手続は終了すると定めている。わが国の仲裁法が準拠した UNCITRAL 国際商事仲裁モデル法は、仲裁判断の種類、定義に関し規定を設けることについて審議され、最終的にはかかる規定は置かれず、32条1項において、終局的仲裁判断（final award）により仲裁手続は終了すると定めた。この規定に関し、終局的仲裁判断、すなわち、仲裁申立人により申立てがされたすべての請求について終

局的に判断をしたものにより仲裁手続が終了するということが、これ以外の仲裁手続を終了させない仲裁判断を仲裁廷が行うことを排除せず、むしろかかる権限を認めているようにも解されるという見解があり、この32条1項に⁽³⁹⁾対応し、実質的に同一の内容を定めたとされる仲裁法40条1項もこのように⁽⁴⁰⁾解する余地があり、仲裁判断により仲裁手続は終了するが、それ以外にも仲裁廷が仲裁判断をする権限があり、数個の請求が申し立てられていて、その一部について終局的に判断を示した場合も、かかる判断は仲裁判断、いわば一部仲裁判断であると考えられる。⁽⁴¹⁾

これに対し、旧法下においても、仲裁判断の定義規定は置かれていなかったが、その態様から、終局的仲裁判断と中間的判断とに区分し、前者には、本案に入らず、仲裁申立てを却下するものと、本案に立ち入ったうえで申立人の請求を認容するものと棄却するものとがあると整理され、また、後者は、本案前の抗弁や前提問題など、審理の途中で問題となった事項をまず解決し、終局的仲裁判断を準備するためにするものと整理されていたことから、仲裁法の下でも、中間的判断は仲裁判断ではないという見解が主張され⁽⁴²⁾ている。したがって、この見解によれば、前提問題が本案に関するものであっても、仲裁廷は仲裁判断として判断を示すことができないことになる。

しかし、仲裁法上、当事者が解決を委ねた紛争について仲裁廷が示した本案についての判断が仲裁判断であるとする、前提問題についても当事者が争っており、当事者がその解決を仲裁人に委ね、その判断に服する旨の仲裁合意をしている限り、訴訟とは異なり、前提問題についての終局的な判断も仲裁判断になると解されるのではないか。そうであるならば、仲裁廷は、仲裁法26条に従い、当事者間に別段の合意がない限り、先に本案に関する前提問題について判断を示すことができ、かつ、かかる判断も、仲裁判断と解することができるのではないかと考える。

(3) 契約の補充、適応に関する仲裁鑑定

(a) 仲裁合意該当性に関する問題

次に、契約の補充、適応に関する仲裁鑑定が、仲裁法上の仲裁に当たるかどうかが問題となる。すなわち、当事者が第三者に対し契約中の未定部分を補充し、事情変更により契約内容を適応させることを付託し、第三者による契約の補充、適応に服する旨を合意したとき、あるいは、まずは当事者間でそのための協議を行い、その結果、合意に達した場合、これにより契約の補充、適応がされ、協議が不調に終わり、当事者間に合意が得られなかった場合には、それを第三者に付託し、第三者による契約の補充、適応に服する旨を合意したときは、それぞれ仲裁法上の仲裁合意に当たるかどうか。諸外国においては、仲裁法に第三者による契約の補充、改訂を仲裁に付託することができる旨の明文の規定が置かれているものがあるが⁽⁴³⁾、わが国は、仲裁法に明文の規定を置いていない。また、実体法上も規定はなく、これは解釈問題となる。

この問題に関し、契約の適応および補充に関する裁定は、一切の事情を斟酌して、事情変更により契約内容を適応させることないしは契約中の未定部分を補充することを内容とするものであり、その意味でこれらの裁定はいわば非訟的になされるものであり、しかも第三者の裁定は、当事者の意思にもとづき、契約の一部を構成し、当事者の合意に代わるものに過ぎず、真正の仲裁においてなされる仲裁判断がいわば裁判所の裁判に代わりうるものであるのに対し、契約の補充、適応は、当事者の意思に代わる効力を有するものにすぎず、前者の司法型仲裁に対し、後者の契約型仲裁は、真正の仲裁ではないという見解が主張されている⁽⁴⁴⁾。また、この見解は、契約の補充、適応を第三者に付託する合意の本質は実体法上の特殊な契約であるとする⁽⁴⁵⁾。

これに対し、契約の補充に関しては、当事者に代わって契約の内容を定めることであり、当事者が契約の補充を行う権限を第三者に与えたとしても、

それは第三者が裁判所に代わって紛争に関する判断を示す仲裁とは異なり、また、仲裁人の権限は裁判所の権限を越えることは認められず、仲裁とは区別されるべきものであるが、契約の改訂については、契約の改訂に関する条項の効力をめぐって当事者間に紛争が存在しており、また、契約の改訂を行う権限を裁判所に認める法制を前提とすると、仲裁人の権限が裁判所より大きなものになるという問題が生じることはないとし、仲裁であることを肯定する見解がある⁽⁴⁶⁾とされる。

契約の適応に関し、仲裁は訴訟に代替する制度であり、契約の適応を訴訟により実現し得ない場合には、仲裁による実現もし得ないという見解と当事者が合意により処分し得る私益事項は仲裁に付託し得るという見解の対立や、契約の適応を単なる契約内容の創造的形成であると見る見解と契約の改訂の内容につき当事者の合意が成立するに至らない悶着は、当事者を対立させる争点が存することを示し、仲裁に要求される事件の争訟性を肯定する見解の対立があり、また、仲裁の性質は、争訟性よりもまず当事者の付託意思を重視すべきであるという見解があるが、この問題は仲裁の本質の捉え方にかかわるとしつつ、契約の適応を仲裁に付託し得るとしても、通常一般の仲裁付託が権利主張紛争の付託であるから、契約の適応を仲裁に付託する旨の⁽⁴⁷⁾特別の合意を必要とすることが一般的な考え方である、との指摘もある。

また、UNCITRAL 国際商事仲裁モデル法の作成過程において、契約の補充、適応に関する規定を設けるべきかどうかについて審議されたが、最終的に、多くの法域において第三者による契約の補充、適応に関する仲裁以外の制度が設けられており、また、契約の補充、適応は手続法と実体法の両者にかかわる問題であり、手続法のみを規律するモデル法には規定を設けるべきではないという理由により、規定は設けられなかったが、⁽⁴⁸⁾かかる審議においても、契約の補充、適応を訴訟の対象とすることができない場合、訴訟に代替する紛争解決手続である仲裁の対象にもすることができないのではない

か、また、仲裁の対象とすることができる場合であっても、当事者が仲裁廷に対し契約を補充し、適応させるための権限を明示的に付与する必要がある⁽⁴⁹⁾のではないか、という問題が指摘されていた。

以上の見解によれば、第三者による契約の補充、適応が仲裁に該当するためには、まず、この問題に関し当事者間に紛争が存在しているかどうか、仲裁廷の権限が裁判所の権限を越えていないかどうか、この2つが問題になると考えられる。

(b) 紛争性

わが国の仲裁法は、民事上の紛争の解決を第三者である仲裁人に委ね、その判断に服する旨の合意を仲裁合意と定義し（仲裁法2条1項）、わが国の仲裁法も当事者間の紛争の存在を仲裁の前提としており、紛争性が問題となるが、この問題について、当事者が契約で定めなかった事項を当事者が合意により補充しようとしたが、それができない場合、あるいは、契約締結後の事情変更に対応するため当事者が合意により契約を改訂しようとしたが、それができない場合、かかる法律関係の形成に関し当事者間に意見の対立、すなわち争いがあり、これは仲裁法上、民事上の紛争に該当し得るのではないかと考える。したがって、この場合、第三者である仲裁人は、契約の補充に関し、たとえば、合弁契約の当事者間における公正な株式譲渡価格を決定し、契約関係を形成する仲裁判断により合弁契約を補充し、また、契約の適応に関し、たとえば、建設請負契約において事情変更の原則により契約関係を変更し、かかる仲裁判断により契約の改訂をすることになる。

また、契約の補充に関しては、当事者が契約の締結に際し、契約条件、たとえば、売買価格や賃料を協議し、合意の形成を試みることを意図せず、それに代えて、契約条件の確定を第三者に委ねることを合意している場合には、第三者の裁定は当事者の契約の一部を構成するに過ぎず、かかる契約条

件に関し、そもそも当事者間に争いがあるとは言えないようにも解される⁽⁵⁰⁾。しかし、その一方で、「仲裁判断には、確定判決と同一の効力が認められ(45条1項本文)、これに基づく執行が許されることを考えるならば(46条)、債務者が債務の存在を承認し、または、給付を確約しているときでも、その債務(請求権)について訴えが提起されたならば訴えの利益が認められるときには、『争い』が存在すると認めて、当該債務(請求権)を対象とする仲裁合意を締結することは許され⁽⁵¹⁾」、必ずしも当事者間の意見の衝突が争いを意味するものでない、という見解がある⁽⁵²⁾。

これは紛争性の緩厳の問題であるが⁽⁵³⁾、上記見解が示すように、確定判決と同一の効力を有する仲裁判断による契約関係の終局的確定を求める当事者の意思に紛争性を認めることができるのではないかと考えられ、したがって、仲裁法上、契約条件に関し当事者間で具体的な意見の対立がない場合であっても、紛争の存在は当事者の主観的意思にかからしめ、当事者は紛争の蒸返しを未然に防ぐため、仲裁鑑定契約ではなく仲裁合意をし、仲裁判断によって終局的に契約条件を確定することができるものと解される⁽⁵⁴⁾。

(c) 訴訟代替性

次に、先述したとおり、仲裁は、仲裁判断が確定判決と同一の効力を有し、訴訟に代替する紛争の終局的解決手続として国家が法認した制度であるから、訴訟で解決し得ない紛争は仲裁に付託し得ないとするならば、契約の補充、適応は仲裁の対象とすることはできないことになるのか。

この問題に関し、まず、法律上、形成訴訟の対象とされている事項については仲裁合意の対象となり、その場合、仲裁判断は判決に代わるものとして形成力を有することになるとされる⁽⁵⁵⁾。しかし、形成訴訟の対象とされている事項は、通常、統一的な権利関係の確定が必要とされ、その場合、判決に対世効が認められるので、人事訴訟や会社訴訟など仲裁可能性が否定される事

項が多いが、当事者の和解が認められる事項については仲裁可能性が肯定され、たとえば、共有物分割訴訟（民法258条）は形式的形成訴訟であり、共有物の分割にかかる仲裁判断は形成力を有するとされる⁽⁵⁶⁾。

これに対し、私法上の権利関係の変動は、通常、法律行為その他法律要件事実があれば当然に生じ、変更自体を求める訴えを提起する必要はなく、裁判外の意思表示によって行使し得る形成権に関しては訴えの利益を欠くことになる⁽⁵⁷⁾ので、変更後の権利関係を前提として請求することになり、裁判所に権利関係の変更の訴えを提起することができるのは、実体法に定められている場合に限って認められるとされる⁽⁵⁸⁾。したがって、権利関係の変動に関する紛争は、当事者が権利関係の変更後の権利関係を前提として請求する仲裁において解決することができ、訴訟の場合と同様に、それに代えて権利関係の変動自体を求める必要はなく、仲裁廷は形成的仲裁判断をすることを許されないかが問題となる。

事実の確定に関し既に3(1)で述べたように、仲裁が訴訟に代替する紛争解決手続であり、仲裁も訴訟と同様に、訴えの利益が仲裁による解決を求めるための要件になるとしても、裁判所の負担という点から訴訟では訴えの利益を欠く請求であっても、仲裁による解決は許されると解される。これに対し、仲裁被申立人の利益については、権利変動後の権利関係を前提とする仲裁ではない形成的仲裁への手続関与を強いられる被申立人の負担は、当事者の私的利益にかかわり、訴訟の場合と変わらないと考えられ、この被申立人の利益を考慮すると、当事者間に契約の補充、適応を仲裁に付託する旨の合意がある場合に限り、当事者は、仲裁廷に対し権利関係を変動させる形成的判断を求めることができると解すべきではなかろうか⁽⁵⁹⁾。

以上により、契約の補充、適応に関する仲裁鑑定契約は、仲裁法が要求する仲裁合意の要件の1つである紛争性の要件を具備し、また、訴訟に対する代替性に関しても、当事者が第三者に形成的判断をする権限を付与している

限り、第三者による裁定は、当事者の合意の一部を構成するものではあるが、それと同時に仲裁判断となり、当事者間の紛争を終局的に解決することになると考えられる。

4 仲裁鑑定契約の効力

(1) 積極的効力

仲裁鑑定契約は、仲裁合意に該当しない場合であっても、仲裁合意と同様に、積極的効力と消極的効力の2つの効力がある。前者については、事実の確定に関し、当事者は事実の確定を仲裁鑑定に付託する義務を負い、仲裁鑑定人は、仲裁鑑定契約に基づき当事者と締結した仲裁鑑定人契約⁽⁶⁰⁾に基づき事実の確定を行う権限を与えられる。また、契約の補充、適応に関しても、当事者は契約の補充、適応を仲裁鑑定人に付託する義務を負い、仲裁鑑定人は仲裁鑑定人契約に基づき契約の補充、適応を行う権限を与えられる。

(2) 消極的効力

これに対し後者の消極的効力に関しては、事実の確定に関する仲裁鑑定契約に関し、仲裁合意の効力と異なり、当事者が仲裁鑑定を経ずにそれを前提問題とする請求について訴えを提起する場合、仲裁法14条1項に基づき、被告の申立てにより訴えが却下されることはない。この場合、鑑定がされていない以上、請求の存否の判断の前提事実が未確定であり、裁判所は、これについて判断することができない以上、仲裁鑑定契約の抗弁があるときは、請求を棄却すべきであるという見解がある一方で、仲裁鑑定人の鑑定を待って⁽⁶¹⁾裁判をすべきものとする見解がある⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾。

判例は、火災保険契約に基づく保険金請求事件において、保険証券中の「損失若ハ損害額ニ付キ当事者間ニ誤議ヲ生スルトキハ其誤議ハ之ヲ仲裁判断ニ付シ、右仲裁判断ヲ受クルコトハ本保険証券ニ依ル訴権ノ取得若ハ訴訟

提起ノ前提要件タル」旨の定めがある場合に、仲裁判断を経ることなく提起された訴えを却下したものがある。⁽⁶⁴⁾この判決については、裁判所が仲裁合意の存在により妨訴抗弁を認めたと解する見解もあるが、⁽⁶⁵⁾保険証券中の上記条項の前段は仲裁鑑定契約であるのに対し、後段は、仲裁鑑定を経ることを訴権行使の条件とする不起訴の合意であると解され、条件付不起訴の合意がある場合、訴えは却下すべきであるので、本件の結論自体は妥当であると評されている。⁽⁶⁶⁾

2つの学説のうち前者の見解によれば、請求棄却は、条件または期限付契約に基づく訴えが条件未成就または期限未到来においては棄却されるのと同様であり、⁽⁶⁷⁾原告は基準時後に仲裁鑑定の結果を提出して、再訴を提起することを妨げられないと考えられる。⁽⁶⁸⁾

また、契約の補充、適応に関する仲裁鑑定契約についても、請求の存否を判断する前提問題が仲裁鑑定により確定していない以上、これについては判断することはできず、裁判所としては事実の確定に関する仲裁鑑定契約の場合と同様に処理することになると考えられる。

以上のことは、訴訟手続ではなく仲裁手続の局面においても、基本的に妥当しようが、仲裁の場合には、仲裁廷は、再度仲裁を申し立てる当事者の負担を考慮して、請求を棄却するのではなく、仲裁手続の準則の問題として仲裁法26条2項により仲裁手続を停止することができるのではなかろうか。

5 仲裁鑑定手続と裁定の効力

(1) 事実の確定に関する仲裁鑑定

事実の確定に関する仲裁鑑定手続に関し、仲裁鑑定人が裁判官ないし仲裁人と同様、裁判類似機能を果たしているものである以上、訴訟ないし仲裁に関する若干の一般的手続原則は仲裁鑑定手続についても妥当するものと考え⁽⁶⁹⁾るべきであろう、とした上で、ドイツにおける議論を検討した結果、仲裁鑑

定は鑑定と仲裁判断のいわば中間に位するものであり、ドイツ法上、仲裁人、鑑定人のいずれにも忌避権が認められていることから、仲裁鑑定人に対しても忌避権が認められるものと解するが首尾一貫しているので、したがって、仲裁鑑定人の忌避につき当事者間に何の合意もなされていない場合においてもその忌避が許されるものと解すべきであり⁽⁷⁰⁾、また、法的審尋の原則は正しい裁判を求める手続法の基本であり、仲裁鑑定手続においても正しい鑑定結果を目標とするものである以上、当事者には法的審尋の原則が保障されるべきであり、仲裁鑑定人はその技術的ないし専門的知識ないし経験にもとづいて裁定するものである点にかんがみ、当事者に法的審尋の機会を保障するといってもその範囲は狭いのが通例であろうが、これを保障することによって当事者は仲裁鑑定結果の正当性について納得しうることになるはずであり、しかもこれによって仲裁鑑定の訴訟回避、紛争解決機能を促進することにもなるとし、仲裁鑑定手続においても法的審尋の原則が当事者に保障されるべきである⁽⁷¹⁾、という見解が主張されている。

また、訴訟法上の合意とされる仲裁鑑定契約については、民事訴訟法上の主要原則は、全面的に準用され、仲裁鑑定も固より公平な手続により、公正な判断がなされるべきであり、その結論は裁判所の判断を拘束するのであるから、特別の合意がなくても、法的審尋は保障され、旧法である公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律794条の適用があると解すべきであるという見解もある⁽⁷²⁾。

事実の確定に関する仲裁鑑定契約は、仲裁合意には該当しないとしても、消極的效果として、その対象となる事実の存否、内容について、仲裁鑑定以外の証拠方法による証明が許されないとともに⁽⁷³⁾、仲裁鑑定の積極的效果として、上記見解も述べているように、仲裁鑑定人が裁判官、仲裁人に代わって法律関係の前提となる事実を確定し、その仲裁鑑定の結果は、当事者の合意の効力により⁽⁷⁴⁾、訴訟において裁判官、仲裁において仲裁人を拘束し、判決、

仲裁判断の基礎となり、また、仲裁鑑定契約がなければ、裁判所、仲裁廷がかかる事実をも確定するわけであるから、事実を確定するための仲裁鑑定手続についても、裁判外紛争解決手続として、その性質に反しない範囲で仲裁法の規定が準用ないし類推されるべきであり、仲裁手続と同様に、当事者には、審問請求権が保障されなければならないと解される。したがって、当事者は、仲裁鑑定手続において平等に取り扱われ、事案について説明する十分な機会が与えられ（仲裁法25条）、かつ、公正な仲裁人により審理、判断されなければならない（同18条）⁽⁷⁶⁾と考える。また、附則3条、4条による消費者、労働者の保護もまた、仲裁の場合と同様に図られなければならない⁽⁷⁷⁾。

仲裁鑑定人の裁定の効力に関しては、仲裁鑑定人の無権限（仲裁法44条1項1号、2号、5号）、手続保障違反（同3号、4号）、仲裁鑑定人の選任、仲裁鑑定手続の違反（同6号）、仲裁鑑定可能性の欠如、公序違反（同7号、8号）が認められる場合、仲裁鑑定は無効となると解すべ⁽⁷⁸⁾である。また、仲裁鑑定契約の存否、効力等仲裁鑑定権限および仲裁鑑定人の選任、仲裁鑑定手続に関しては、異議権の喪失の効果が生じる（仲裁法23条2項、27条）。

また、裁判所に対し、仲裁鑑定人の忌避の申立て、仲裁鑑定の取消しの申立てをすることができるかが問題となる。この問題に関し仲裁法が定める仲裁手続の準則については、仲裁鑑定に準用ないし類推することになるが、仲裁手続に関し裁判所が行う手続については、仲裁法が仲裁鑑定を対象としていない以上、仲裁鑑定には準用ないし類推されないと解すべきではな⁽⁷⁹⁾うか。

（２）契約の補充、適応に関する仲裁鑑定

契約の補充、適応に関する仲裁鑑定契約は、先述したように、当事者間に紛争が存在すると認められる限り、仲裁法上の仲裁合意に該当すると解されるが、そうでない場合には、仲裁法の規定が準用ないし類推されるべきであ

ろうか。

この問題に関し、契約の補充、適応の本質は実体法上の契約であるが、仲裁鑑定において、当事者は、適正な裁定を期待し、信頼に値し得る第三者にその裁定を委ね、その裁定は事実の確定に関する仲裁鑑定の場合より大幅な裁量の余地が認められ、それが適正に行使されるためには第三者の中立性が要求され、また、第三者は公平を基準として裁定を行い、その裁定が当事者を拘束するから、これらの点を考慮すると、仲裁法の規定がその性質に反し限り、妥当するものと解すべきであるとし、事実に関する仲裁鑑定の場合と同様、第三者の独立性ないし中立性が妥当し、忌避権も認められ、また、当事者に対し法的審尋の機会が保障されなければならないという見解が主張⁽⁸⁰⁾されている。

仲裁鑑定は、当事者の意思に基づき契約の一部を構成するに過ぎないが、しかし、当事者は、仲裁鑑定人の裁定に服さなければならず、その裁定に拘束され、裁判所も当事者の合意の効力として裁定に拘束される以上、事実の確定に関する仲裁鑑定の場合と同様に、その性質に反しない範囲で仲裁法の規定が準用ないし類推されるべきであり、仲裁鑑定人には公正に手続、裁定を行う責務がある⁽⁸¹⁾と考える。これに対し審問請求権に関しては、当事者が仲裁ではなく、仲裁鑑定を選択しており、実務上、仲裁鑑定人が、当事者を審尋せず、専ら専門知識、経験により裁定を行う場合もあると考えられる⁽⁸²⁾ので、当事者間に別段の合意がない限り、当事者に対し常に審問請求権を保障する必要はなく、仲裁鑑定人は、当事者が仲裁鑑定事項について意見を述べる機会を求めた場合、その機会を与え、相手方当事者にも意見を述べる機会を与えるべきであり、また、仲裁鑑定人が自ら必要と考えて一方の当事者を審尋した場合も同様に考えるべきであろう。また、附則3条、4条による消費者、労働者の保護は、事実の確定に関する仲裁鑑定と同様に図られなければならない。

契約の補充、適応に関する仲裁鑑定人の裁定の効力に関しては、仲裁鑑定人の無権限、仲裁鑑定人の選任、仲裁鑑定手続の違反、仲裁鑑定可能性の欠如、公序違反が認められる場合には、裁定の効力は無効となる⁽⁸³⁾。手続保障違反に関しては、上述したように、当事者に意見を述べる機会を与えなければならない場合に、仲裁鑑定人がそれを怠ったときに手続保障違反が問題となる。いずれの場合も、事実の確定に関する仲裁鑑定について既に述べたように、仲裁鑑定可能性の欠如、公序違反を除き、かかる懈怠が仲裁鑑定の結果に影響を及ぼしたと認められる場合に限って、仲裁鑑定は無効と解すべきである⁽⁸⁴⁾と考える。また、仲裁鑑定契約の存否、効力等仲裁鑑定権限および仲裁鑑定人の選任、仲裁鑑定手続に関する異議権の喪失、裁判所による仲裁手続の関与に関しても、事実の確定に関する仲裁鑑定について述べたことが妥当すると考える。

6 渉外的事案における問題

渉外的事案において、仲裁鑑定契約の存否、効力が問題となる場合、国際私法が定める契約の抵触規則により準拠法を決定し、かかる準拠法を適用して判断することになると考える。これに対し、仲裁鑑定契約が仲裁法上の仲裁合意に該当し得るかどうか、すなわち、当事者は、事実の確定、契約の補充、適応を仲裁人に委ねることができるかどうか、この問題にはいずれの法が適用されることになるか。これは、仲裁廷がどのような紛争を終局的に解決することができるか、という仲裁可能性の問題であり、仲裁地国の司法政策にかかわり、仲裁地法によることになると解される⁽⁸⁵⁾⁽⁸⁶⁾。

先述したとおり、たとえば、オランダ仲裁法は明文の規定を置いており、仲裁地がオランダにある場合、当事者が事実の確定、契約の補充、適応を仲裁に付託することができ、かかる付託に基づき仲裁廷は仲裁鑑定を行うことになる。この場合、契約の補充、適応に関しては、その補充、適応の可否、

基準は、契約の準拠法によることになることになると解され、たとえば、契約の適応に
関し、契約の準拠法が事情変更の原則を認めている場合には、その原則を適
用し、契約の改訂の可否、内容を確定することになると考えられる。⁽⁸⁷⁾ また、
これとは反対に、契約の準拠法が契約の補充、適応を認めている場合であつ
ても、仲裁地国の仲裁法がかかる権限を仲裁廷に認めていないときは、仲裁
廷は、契約の補充、適応をすることができないことになる。⁽⁸⁸⁾ その場合、仲裁
鑑定手続は、仲裁法の枠外で実施され、⁽⁸⁹⁾ 仲裁鑑定人は契約の準拠法に従い契
約の補充、適応を行うことになる。

7 おわりに

本稿では、仲裁鑑定を取り上げ、主に、仲裁鑑定が仲裁法上の仲裁に該当
し得るか、また、そうでない場合であっても、第三者による裁定手続に仲裁
法が準用、類推されるかどうかという問題について考察した。

わが国の仲裁法は、仲裁鑑定に関する条文を置いていないが、仲裁鑑定契
約が仲裁法上の仲裁合意に該当し得る場合は、仲裁法が直接適用されること
になり、仲裁法の準用、類推という問題は生じない。この仲裁合意該当性につ
いては、仲裁法上、仲裁合意の対象は「民事上の紛争」でなければならない
が、仲裁が国家が法認した訴訟に代替する紛争の終局的解決制度であり、
訴訟の対象とすることができない紛争は、仲裁にも付託し得ない、という命
題が従来から示されており、本稿では、この命題を前提として考察を試みた。

その一応の結論としては、訴訟で解決し得ない紛争を仲裁に付託し得ない
としても、仲裁は訴訟とは異なり、当事者の合意に基づく私設の裁判手続で
あり、かかる仲裁の特質から、契約の補充、適応について、訴えの利益を欠
き訴訟の対象とすることができない場合であっても、当事者がこれを仲裁に
付託している限り、仲裁可能性は肯定される。事実の確定については、法律
上の争訟性が問題となり得るが、訴えの利益を欠くことにより訴訟の対象と

することができないとしても、契約の補充、適応と同様に、これが仲裁による解決の妨げとはならない。また、本案に関する前提問題についての判断を仲裁廷が仲裁判断として示すことができるかという問題についても、仲裁の訴訟に対する代替性が問題となり得るが、仲裁法の解釈としてこれが肯定されるのではないかと考える。これ以外の問題については、紙幅の関係もあり、ここで結論を繰り返さない。

この訴訟と仲裁との関係、すなわち、仲裁があくまでも訴訟の代替物としての存在であるとするのか、あるいは、訴訟から独立した訴訟と並ぶ紛争の終局的解決制度であるとするのか、国家の司法政策にかかわる問題であり、また、仲裁の本質をどう捉えるか、仲裁観によって見解が分かれ得る問題でもあると考えるが、前者の立場に拠ったとしても、国家が設営する訴訟制度の対象から外れる紛争が仲裁に付託し得ると考えられる。

- (1) 中田・仲裁112-113頁、小山・旧仲裁59頁、小島＝高桑・注解仲裁35頁〔小島武司＝豊田博昭〕、小島・仲裁80-81頁、青山・仲裁619頁、河野・仲裁433-434頁、山本＝山田・ADR 仲裁296頁、小島＝猪股・仲裁58頁など。
- (2) 中田・仲裁113頁。
- (3) 小山・旧仲裁59頁、同・仲裁25頁、飯塚・契約的仲裁17頁、松浦＝青山・論点45頁〔飯塚重男〕、理論と実務69頁〔出井直樹発言〕など参照。
- (4) 松浦＝青山・論点46-47頁〔飯塚重男〕、飯塚・契約的仲裁29頁。
- (5) 飯塚・契約的仲裁49頁、62頁、松浦＝青山・論点49頁〔飯塚〕参照。
- (6) 飯塚・契約的仲裁29頁。また、松浦＝青山・論点46-47頁〔飯塚〕参照。
- (7) 飯塚・契約的仲裁29頁によれば、ドイツ、スイスでは、契約の補充、適応も広義の仲裁鑑定と観念しているとされる。
- (8) 豊田博昭「マーチン・ボロウスキー『コモンローの仲裁鑑定』(Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2001)」修道法学27巻1号(2004)161-162頁、181頁。
- (9) 保険毎日新聞社『火災保険の裁定実務〔改定新版〕』(保険毎日新聞社、1987)65-66頁によれば、保険価額または損害額の評価について、保険会社と

被保険者との間で評価上の争いがある場合、双方から選定された1名ずつの評価人の判断に任せ、その2人の評価人の間で意見が一致しないときは、さらに評価人双方が選んだ1名の裁定人の裁定によって評価額が決められる、という条項を評価条項という。

(10) 平成23年4月1日付で(財)日本綿花裁定協会は、(社)日本綿花協会に吸収合併されている。

(11) 飯塚・契約的仲裁17-18頁。

(12) 保険毎日新聞社・前掲注(9)66頁によれば、評価条項について、「実際問題として『権利関係』を離れて単に『事実上』の争いのみが問題になる事例はほとんどなく、まして保険会社と被保険者の間で十分討議検討しつくしたうえ、なお解決が得られないような事件については、他に適当な評価人や裁定人を求めることは事実上極めて困難ですから、本条が適用される余地は非常に限られていると考えられます」といい、従前から評価条項に基づく仲裁鑑定は少なく、実際の必要性は乏しことから、今般の保険法の改正に伴う保険約款の改訂において保険会社が仲裁鑑定条項を削除していると考えられる。

(13) 金丸和弘ほか編『ジョイント・ベンチャー契約の実務と理論—会社法施行を踏まえて〔補訂版〕』15-16頁〔棚橋元〕、124頁〔高橋利昌〕(判例タイムズ社、2007)参照。飯塚・契約的仲裁49頁、65-66頁によれば、契約の補充に関しては、大型の建設工事契約、土木工事契約、プラント建設契約、採鉱契約等の複合的な契約において、当事者が契約時に、契約中の一切の細目を決定して契約を締結することはおよそ不可能であることから、未定部分を残したまま契約を締結し、後にその未定部分を補充する旨の条項を挿入しておくことが行われ、このような未定の部分を残したまま締結される契約をオープン契約と呼ばれ、他方、契約の適応に関しては、当事者が契約締結時に契約に必要な一切の細目を決定はしたが、将来の事情変更を予見してこれに必要な適応条項を契約中にあらかじめ挿入しておくフレキシブル契約、たとえば、国際的なシンジケートローン契約における利率条項、物品やエネルギー等の長期的な引渡契約における価格条項により、また、契約がその後の事情変更の結果、契約内容の履行が当事者の一方にとって極度に重くなるかあるいは履行自体が不可能となるような場合、あらかじめ契約中に挿入された危険分散条項ないし特別危険条項により、それぞれ契約の改訂が行われ、さらに、政治的変革、経済的変動などの不可抗力に対処するために契約中に不可抗力条項ないし過酷条項(hardship clause)が挿入されている、とされる。

- (14) See Alan Redfern et al., Redfern and Hunter on International Arbitration (Oxford University Press 5th ed.) paras. 1. 142-1. 144. もっとも、25 (1) ICC International Court of Arbitration Bulletin ICC (2014) 5, 16によれば、ICC (国際商業会議所) は2013年に、Expertise Rulesに基づき16件の鑑定人提案 (proposal of experts) の申立て、7件の鑑定人選任 (appointment of experts) の申立て、4件の仲裁鑑定手続管理 (administration of expertise proceedings) の申立てを受けたとされ、同年にICCに登録された767件の仲裁件数と比較すると極めて少ないが、ICCは同規則を改正し、2015年2月1日から新たに、Proposal of Experts and Neutrals、Appointment of Experts and NeutralsおよびAdministration of Experts Proceedingsから成るExpert Rulesを施行している。
- (15) 飯塚・契約的仲裁、豊田博昭「仲裁鑑定契約の法構造 (1) (2) (3・完)」修道法学13巻1号 (1991) 89頁、14巻1号 (1992) 39頁、同2号 (1992) 365頁、同「ドイツ仲裁鑑定法の形成 (1) (2) (3) (4・完)」修道法学28巻1号1頁 (2005)、28巻2号321頁 (2006)、36巻2号1頁 (2014)、37巻1号480頁 (2014)、同「建築紛争と鑑定」木川統一郎博士古稀祝賀論集刊行委員会編『木川統一郎博士古稀祝賀民事裁判の充実と促進』217頁 (判例タイムズ社、1994)、西村宏一「仲裁鑑定契約について」東海法学16号 (1996) 29頁。
- (16) 小山・旧仲裁61頁。
- (17) 中田・仲裁115頁。
- (18) 川上太郎「仲裁」国際私法学会編『国際私法講義 第3巻』849頁 (有斐閣、1964)。
- (19) 喜多川篤典『国際商事仲裁の研究』14頁 (東京大学出版会、1978)。
- (20) 小島 = 高桑・注解34-35頁 [小島 = 豊田]。
- (21) 小島 = 猪股・仲裁55-56頁。
- (22) 小山・旧仲裁59頁、山本 = 山田・ADR仲裁308頁参照。
- (23) 小山・旧仲裁61-62頁、山本 = 山田・ADR仲裁307-308頁、小島・仲裁80頁、小島 = 猪股・仲裁57頁参照。
- (24) 小島 = 猪股・仲裁64頁、山本 = 山田・ADR仲裁308頁参照。
- (25) 青山・仲裁620頁参照。
- (26) 中田・仲裁113-114頁、小山・旧仲裁59頁参照。
- (27) 新堂幸司『新民事訴訟法 [第5版]』600-601頁 (弘文堂、2011)。谷口安平 = 福永有利編『注釈民事訴訟法 (6)』27頁 [谷口安平] (有斐閣、1995) は、

仲裁鑑定契約による証拠契約は、当事者の処分が許されている法律関係に関する限り原則として有効とするのが今日の通説であるという。

(28) 飯塚・契約的仲裁51頁参照。

(29) 理論と実務70-71頁〔上野泰男発言〕。また、小島＝高桑・注釈〔高桑昭〕仲裁23頁は、「第三者の判断に仲裁判断としての効力を認めるべき場合とそうでない場合とがあらう」という。なお、比較法的には、オランダ民事訴訟法（1986年仲裁法）1020条4項（a）号、（b）号が、当事者は、商品の品質、状態、損害額、負債金額の確定を仲裁に付託することを合意することができると定める。

(30) 拙稿「仲裁と法律上の争訟」最先端技術関連法研究12号（2013）1頁参照。

(31) 小島＝猪股・仲裁70頁、小島＝高桑・注釈仲裁43頁〔猪股孝史〕。また、理論と実務70頁〔近藤昌昭発言〕は、仲裁鑑定契約が最終的な紛争を解決するのではなく、その前提の事実について判断をする点で仲裁法2条1項が定める仲裁合意には当たらないという。この見解に対し同70頁〔三木浩一発言〕は、事実に関する紛争も紛争であり、仲裁法2条1項が最終的な紛争という言葉を使ってない点から、疑問を呈する。

(32) 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法（上）』335頁（有斐閣、2006）は、従来は、確認の対象（権利保護の資格）と確認の利益（権利保護の利益）を分けて論じられてきたが、現在は、確認の利益で統一される傾向にあるという。

(33) 兼子一ほか『条解 民事訴訟法〔第2版〕768-769頁〔竹下守夫〕（弘文堂、2011）。また、同769-770頁は、現在では、学説上、限定された要件のもとではあれ、事実の確認の訴えも許される場合があるとするのが多数説となりつつあるが、これは理論上のことであり、事実の確定につき利益が認められることはきわめて稀であろうから、事実上、証書真否確認の訴えを除き、確認の訴えの対象とならないとする伝統的通説と、実際の結果において大きな差があるわけではないという。

(34) 小山・仲裁50頁は、旧法下において「仲裁付託の対象は、『争』の性質をもつものでなければなら」ず、「訴えを提起したならば訴えの利益ありと認められるような状態をいう」とする。また、小島＝猪股・仲裁70頁参照。これに対し Kazuyuki Ichiba, Declaratory Relief in Japanese Arbitration, 52 JSE Bulletin (2007) 2-6は、訴えの利益を欠くことにより確認の訴えが認められない場合であっても、仲裁法は、旧法と違い、仲裁手続に関し民事訴訟法の規定を準用する旨の規定を置かず、実質的にも訴えの利益が仲裁付託の障害とはな

らないという。

- (35) もっとも、兼子ほか・前掲注(33) 770頁〔竹下〕は、事実の存否の争いは、そもそも法律上の争訟にあたらないという、証書真否確認も司法権の範囲外ということにならないかとの疑問を生じる、といい、事実の存否に関する紛争が法律上の争訟に当たらず、訴えの利益で考慮される事情に左右されず司法権の範囲外となるかが問題となろう。この問題は別途検討するとして、そうであるならば、仲裁可能性も否定されることになる。
- (36) 新堂・前掲注(27) 258頁参照。
- (37) 道垣内正人ほか『コンメンタール商事仲裁規則』89頁（日本商事仲裁協会、2014）参照。
- (38) 仲裁コンメ220頁。
- (39) Howard M. Holtzmann, Joseph E. Neuhaus, A Guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary (Kluwer Law International 1990) 868-869.
- (40) 仲裁コンメ218頁。
- (41) 小島＝猪股・仲裁391頁、小島・仲裁280-281頁、理論と実務・327頁〔近藤発言〕。
- (42) 小島＝猪股・仲裁391頁。また、山本＝山田・ADR 仲裁356頁は、「仲裁法においては、仲裁手続は仲裁判断があったときに終了するものと規定されたので（仲裁40条1項）、概念的には終局的仲裁判断しかなくなったものと考えられる。仲裁廷は、もちろん仲裁手続に妥当する準則に従い、中間段階で一定の判断をすることができると考えられるが、それは仲裁法に定められた仲裁判断ではないことになる」という。
- (43) たとえば、オランダ民事訴訟法（1986年仲裁法）1020条4項（c）号は、当事者は契約の改訂、補充を仲裁に付託することができる旨を、スウェーデン1999年仲裁法1条2項は、当事者は、契約の解釈に加え、契約の補充を仲裁に付託することができる旨をそれぞれ定めている。
- (44) 飯塚・契約的仲裁52頁。
- (45) 同上54頁。
- (46) 吉政友広『契約の改訂と仲裁』法政論集254号（2014）436頁は、ベルニーニの見解としてこれを紹介している。
- (47) 小山昇『仲裁の研究（小山昇著作集 第6巻）』172-178頁（信山社、1991）（初出は、『Adaptation of contract と仲裁』（国際商事仲裁協会（現日本商事仲

裁協会)、1985) 参照。

(48) Fourth Working Group Report, A/CN. 9 /245 (22 September 1983). *See* Holtzmann & Neuhaus, *supra* note 39 at 1134–1135.

(49) Third Secretariat Note, Possible Further Features of a Model Law. A/CN. 9 / WG. II/WP. 41 (12 January 1983). *See* Holtzmann & Neuhaus, *supra* note 39 at 1125–1128.

(50) *See* Klaus Peter Berger, Power of Arbitrators to Fill Gaps and Revise Contracts to Make Sense, 17 (1) *Arbitration International* (2001) 3.

(51) 小島＝猪股・仲裁70頁。

(52) 中田・仲裁108頁、小島＝高桑・注解仲裁44頁〔小島＝豊田〕。また、大判大13・3・2民集3巻207頁参照。

(53) 小山・前掲注(47) 176頁参照。

(54) 当事者間で和解が既に成立している場合において、当事者が仲裁法38条1項に基づき和解の内容を仲裁判断とするため仲裁合意をする際にも紛争性が問題となるが、この問題に関し、理論と実務307頁〔三木発言〕は、「紛争というのは、客観的な存在というよりは主観的なものであって、第三者の目から見て紛争がないと思われたとしても、当事者が主観的に紛争があると考えていれば、それは紛争があるということになる」といい、また同頁〔谷口安平発言〕は、民訴法275条が定める訴え提起前の和解いわゆる即決和解の場合における争いの存在について、下級審判決が緩やかに解しており、仲裁の場合も同様に解してよいとする。この紛争性に関し、国際仲裁の分野においては、仲裁に前置される調停により和解が成立した場合、その後当事者が仲裁合意をしても仲裁廷に付託すべき紛争が存しないことを根拠にかかる仲裁合意は無効であるという見解がある。この点に関し、Christopher Newmark and Richard Hill, Can a mediated Settlement Become an Enforceable Arbitration Award?, 16 (1) *Arbitration International* (2000) 83, Winnie Jo-Mei Ma, Enforcing Mediated Settlement Agreements under the New York Convention: From Controversies to Creativities?, 7 (1) *Contemporary Asia Arbitration journal* (2014) 75を参照。また、この問題に関連して、比較法的に、たとえば、英国、米国では、当事者の意思を基準に仲裁鑑定と仲裁を区別している。この点に関し、豊田・前掲注(8) 183頁参照。*See also* Henry J. Brown and Arthur Marriott, *ADR Principles and Practice* (Sweet & Maxwell 3rd ed. 2011) para. 7-060. また、吉政・前掲注(46) 442頁によれば、ドイツにおいて、契約の

改訂に関し仲裁鑑定と仲裁とを区別する基準は、当事者の意思を基準とする見解が支持を集めているとされる。

(55) 山本＝山田・ADR 仲裁361頁。

(56) 同上。また、小島＝猪股・仲裁72頁は、「いわゆる真正争訟事件については、そこに紛争性を認めることができ、仲裁可能性を認めてよいであろう。たとえば、株式買取価格の決定（会社470条2項・868条以下）、借地条件の変更（借地借家17条）などにかかる借地非訟事件（借地借家41条以下）については、仲裁可能性を認めることができると解される」という。同旨、小島＝高桑・注解60頁〔小島＝豊田〕、理論と実務59頁〔上野発言〕。また、青山・仲裁625頁参照。

(57) 兼子ほか・前掲注（33）733頁。

(58) 新堂・前掲注（27）207頁。

(59) 山本＝山田・ADR 仲裁361頁は「当事者の合意に基づき仲裁人に権利関係の形成の権限が付与される場合」、「そのような契約も契約自由の原則から有効なものとして認められ、民事上の紛争の解決を仲裁人に委ねるものとして仲裁合意の範疇に含まれよう」という。また、小島＝猪股・仲裁438頁は、「仲裁廷が仲裁合意をもって権利関係を形成するという任務を付託され、形成的な判断をする仲裁権限を有するときは、そのような仲裁判断は形成判決としての実質をもつものであり、これが確定すれば、理論的には形成力を生じるということではできよう」といい、小島＝高桑・注釈仲裁23頁〔高桑〕も、「長期にわたる契約関係における当事者間の権利義務の補充修正（契約の適応、修正。Adaptation）についても、具体的な争いがあれば、それについての第三者の判断は仲裁判断に該当することとなろう」という。

(60) 仲裁鑑定人契約は仲裁人契約に準じることになり（小島＝猪股・仲裁60頁、小島＝高桑・注解仲裁40頁〔小島＝豊田〕、河野・仲裁435頁参照）、仲裁人契約の性質に関しては、従来から見解が分かれているが、従来の通説の見解は、委任契約であるとする。この点に関しては、小島＝高桑・注釈仲裁97頁〔河野正憲〕、小島＝猪股・仲裁189頁参照。

(61) 中田・仲裁114頁、小山・旧仲裁60頁、飯塚・契約的仲裁37頁。

(62) 齋藤常三郎「仲裁約款について」国民経済雑誌59巻6号（1942）744頁。

(63) 小島＝猪股・仲裁60頁は、後日、再訴の提起の必要や当事者の手続的負担を考慮し、仲裁鑑定の結果が出るまで手続を停止しておくことが、実際上は原則として妥当であろう、という。同旨、河野・仲裁436頁。これに対し、高橋

宏志「既判力と再訴」中野貞一郎ほか『民事手続法学の革新（中巻）』541頁（有斐閣、1991）は、仲裁鑑定の未存在の場合、裁判所が仲裁鑑定提出の期限を設定し、期限内に仲裁鑑定が提出されないときは、請求を最終的に棄却するとすべきだとするドイツの学説について、考え方としてはこの説が合理的であるように思う、という。

(64) 東京控判大15・9・29新聞2629号9頁。

(65) 加藤正治「火災保険に於ける仲裁条項に就て」損害保険研究1巻2号137-138頁。

(66) 青山善充「判批」損害保険判例百選（別冊ジュリスト70号）（1990）123頁、小島＝高桑・注解仲裁39頁〔小島＝豊田〕、飯塚・契約的仲裁36頁参照。

(67) 中田・仲裁114頁。

(68) 伊藤眞『民事訴訟法〔第4版補訂版〕』523頁（有斐閣、2014）。小島＝猪股・仲裁60頁は、「仲裁鑑定がなされたならば、その結果を踏まえて請求が認容されうることもないではなく、その意味では」、この前者の見解「のいう『請求棄却』は、その実質上の意味としては、いわゆる『一時棄却』ないし『さしあたり棄却』とみられる」という。同旨、小島＝高桑・注解仲裁39頁〔小島＝豊田〕、河野・仲裁436頁参照。他方、西村・前掲注（15）45頁は、請求棄却判決の「結果と矛盾する鑑定意見書が提出されれば、これは上訴理由となるし、判決確定後であれば、民訴法第420条第9号の類推により、再審事由となると解すべきか」という。

(69) 飯塚・契約的仲裁39頁。

(70) 飯塚・契約的仲裁40頁。また、西村・前掲注（15）40頁は、旧法である公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律792条の類推適用により仲裁鑑定人の忌避を認めるべきであるという。

(71) 飯塚・契約的仲裁41-42頁、松浦＝青山・論点48頁〔飯塚〕。同旨、小島＝高桑・注解仲裁41-42頁〔小島＝豊田〕。

(72) 西村・前掲注（15）39-40頁。

(73) 飯塚・契約的仲裁46頁参照。

(74) 小山・旧仲裁60頁、飯塚・契約的仲裁44頁、46頁参照。

(75) 小島＝猪股・仲裁61頁参照。山本＝山田 ADR 仲裁296頁は、仲裁法が「民事上の紛争」という広義の概念を用いていることを根拠に仲裁鑑定契約も一応仲裁合意に含まれるものと解した上で、性質上適用のない条項は排除されるものとする。また、小島＝高桑・注釈仲裁23頁〔高桑〕は、仲裁法の制定の経緯

と条文の全体からみると、仲裁鑑定契約を考慮した規定が見当たらないが、仲裁鑑定契約について、仲裁法で積極的に排除しているとすべき理由は見出し難いという。

(76) 同上参照。

(77) 理論と実務70頁〔出井発言〕、出井直樹＝宮岡孝之『Q&A 新仲裁法解説』77-78頁（三省堂、2004）参照。また、山本＝山田・ADR 仲裁296頁参照。

(78) 小島＝猪股・仲裁61頁は、仲裁鑑定は、それが明らかに不公平である場合にも、当事者に別段の合意がないかぎり、無効となると解される、というが、仲裁法の規定が準用ないし類推されるべきであるという立場からは、その根拠は仲裁法が定める仲裁判断の取消事由に求めるべきであると考え。また、飯塚・契約的仲裁42頁は、法的審尋の原則に違反した場合の効力について、仲裁鑑定の結果が法的審尋の原則違反にもとづいている場合にのみこれを無効と解するのが妥当であるとする。この点に関し、手続違反が仲裁判断に影響を及ぼしたと認められない場合、仲裁判断は取り消されるべきではないが、手続違反の重大性が仲裁手続の基本原則に反し、それ自体許容し得ない手続的公序に反する場合および仲裁可能性を有しない紛争に関するものである場合には、仲裁判断は取り消されなければならないと考えられ（拙稿「仲裁規則上の仲裁判断期間の徒過を理由に仲裁判断の承認が拒絶された事例」三木浩一ほか編『国際仲裁と企業戦略』266-268頁（有斐閣、2014）参照）、仲裁鑑定に関してもこれと同様に解すべきであると考え。

(79) 理論と実務71頁〔近藤発言〕参照。

(80) 飯塚・契約的仲裁55-56頁、松浦＝青山・論点51-52頁〔飯塚〕。

(81) 飯塚・契約的仲裁56頁は、裁判所を拘束する根拠について、契約の補充、適応を第三者に委ねる契約の効力としてではなく、裁定の結果としての形成力の効果にほかならないという。

(82) 豊田・前掲注（8）164頁によれば、たとえば、英国において、このような実務が行われているとされる。

(83) 小島＝猪股・仲裁61頁は、仲裁鑑定が明らかに不公平なときは、拘束力を生じないというが、事実の確定に関する仲裁鑑定の場合と同様に、その根拠は仲裁法が定める仲裁判断の取消事由に求めることになると考え。

(84) 飯塚・契約的仲裁56頁参照。

(85) 拙稿「仲裁法附則3条、4条の適用について」JCA ジャーナル60巻6号（2013）9頁参照。

- (86) See Berger, *supra* note 50, at 10.
- (87) See Klaus Peter Berger, International Economic Arbitration (Kluwer Law and Taxation Publishers 1993) 87–88; Berger, *supra* note 50, at 12
- (88) See Berger, *supra* note 50, at 12.
- (89) See Berger, *supra* note 87, at 86–87.
- (90) 堤龍弥「いわゆる仲裁適格について」神戸学院法学20巻1号（1990）193頁参照。
- (91) 小島＝猪股・仲裁71頁は、「『法律上の争訟』ではないとの理由で裁判所の審判権が及ばないとされる紛争だからこそ、むしろ仲裁によって解決することに意味があろうし、それを望ましいと考えるのには、もっともなところがあり、仲裁合意の対象を法律上の争訟に限定することは不要であるとする指摘に対し、「この問題は、裁判法、民事訴訟法制の全体構造と関連させて考えるならば、緩やかな意味での法律性を要求するべきものであろうという。また、山本＝山田・仲裁 ADR 仲裁310頁は、仲裁法2条1項が定める仲裁合意の対象である「民事上の紛争」とは、旧法下において仲裁合意の対象となる「争い」（公示催告及び仲裁手続ニ関スル法律786条、787条）「より広い範囲の紛争を含む概念であり」、「厳密な意味では、法律上の争訟とはいえなくても、刑事ではない民事に属する紛争、すなわち当事者間の利害の対立が認められるような事項については仲裁の対象となると考えるべきである、という。

〔引用文献の略語〕

中田・仲裁	中田淳一『特別訴訟手続 第3編 仲裁手続』（日本評論社、1938）
小山・旧仲裁	小山昇『調停法・仲裁法』（有斐閣、1958）
小山・仲裁	小山昇『仲裁法〔新版〕』（有斐閣、1983）
小島＝高桑・注解仲裁	小島武司＝高桑昭編『注解仲裁法』（青林書院、1988）
小島＝高桑・注釈仲裁	小島武司＝高桑昭編『注釈と論点 仲裁法』（青林書院、2007）
小島・仲裁	小島武司『仲裁法』（青林書院、2000）
青山・仲裁	谷口安平＝井上治典編『新・判例コンメンタール 民事訴訟法6』（三省堂、1996）〔青山善充〕
河野・仲裁	斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法〔第2版〕（11）』（第一法規出版、1996）〔河野正憲〕

- 山本＝山田・ADR 仲裁 山本和彦＝山田文『ADR 仲裁法〔第2版〕』（日本評論社、2015）
- 小島＝猪股・仲裁 小島武司＝猪股孝史『仲裁法』（日本評論社、2014）
- 飯塚・契約的仲裁 飯塚重男『契約的仲裁の諸問題』（有斐閣、1998）
- 松浦＝青山・論点 松浦馨＝青山善充編『現代仲裁法の論点』（有斐閣、1998）
- 仲裁コンメ 近藤昌昭ほか『仲裁法コンメンタール』220頁（商事法務、2003）。
- 理論と実務 三木浩一＝山本和彦編『新仲裁法の理論と実務』ジュリスト増刊（有斐閣、2006）